

VU Research Portal

De bekostiging van scholen

van Schoonhoven, R.

published in

Nederlands Juristenblad
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Schoonhoven, R. (2019). De bekostiging van scholen: De verdeling van een schaars publiek recht. *Nederlands Juristenblad*, 2019(30), 2188-2195. [2019/1855].
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D237C8&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De bekostiging van scholen

De verdeling van een schaars publiek recht

Renée van Schoonhoven¹

Scholen zijn geen *pop-up* shops of food trucks. Het zijn geen flexibele units die zich vrij snel kunnen verplaatsen door een regio of stad, afhankelijk van waar de vraag op de markt zich voordoet. Voor goed onderwijs is het nodig dat een school een zekere bestendigheid kent en op een herkenbare en vertrouwde locatie kan zorgen voor de overdracht van kennis en waarden aan leerlingen en studenten. En dat dan gedurende een wat langere periode, want de leerling of student moet de school of opleiding uiteraard wel kunnen afmaken. Het is mede tegen die achtergrond dat de wetgever voorziet in regels aangaande de bekostiging van de instandhouding van scholen. Het is in het licht van actuele ontwikkelingen echter de vraag of en in hoeverre deze regulering van bekostiging voldoende duurzaam is. Want: kan bekostiging van scholen niet (ook) gezien worden als een verdeling van een schaars publiek recht? En als het antwoord bevestigend luidt, moet de wetgever zich daar dan niet op gaan voorbereiden, juist om te voorkomen dat het onderwijs op juridische gronden te beweeglijk wordt?

In dit artikel wordt eerst uiteengezet wat anno 2019 op hoofdlijnen de systematiek is bij het aanvragen van overheidsbekostiging voor scholen en onderwijsinstellingen (par. 1). Daarna wordt aandacht besteed aan een verschil in deze systematiek tussen het primair en voortgezet onderwijs enerzijds en het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs anderzijds, en aan de argumentatie die aan dat verschil ten grondslag kan worden gelegd. Aansluitend wordt ingegaan op de actualiteit (par. 2). Deze bestaat er onder meer uit dat de regering voornemens is voor nieuwe aanbieders in het primair en voortgezet onderwijs meer ruimte te scheppen, onder gelijktijdige introductie van scherpere kwaliteitseisen; een

ontwikkeling die overigens in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs uitdrukkelijk niet in gang wordt gezet. Tegelijkertijd bevestigt jurisprudentie dat bij de besluitvorming rond de bekostigingsaanvragen in het onderwijs algemene beginselen rond de verdeling van schaarse publieke rechten relevant zijn. In par. 3 wordt ingegaan op de duiding van deze stand van zaken en wat één en ander betekent voor de bijzondere wetgever. De bijdrage wordt in par. 4 afgesloten met enkele scenario's.

1. De bekostiging van scholen en onderwijsinstellingen

Voor een goed begrip van hetgeen volgt, eerst enkele punten ter introductie.

Ten eerste: het besluit tot *bekostiging* van scholen en onderwijsinstellingen moet worden onderscheiden van de beslissing tot het stichten van een school. Artikel 23 Grondwet stelt in het tweede lid dat het geven van onderwijs vrij is, hetgeen impliceert dat een ieder – natuurlijk persoon of rechtspersoon – een school of onderwijsinstelling kan beginnen. Bijvoorbeeld een antroposofische vrije school of een school die uitgaat van een anti-autoritaire visie op leren.

Vervolgens is sprake van twee opties: (1) de stichter wil de school enkel van overheidswege erkend krijgen en

Het besluit tot *bekostiging* van scholen en onderwijsinstellingen moet worden onderscheiden van de beslissing tot het stichten van een school

ziet af van bekostiging, of (2) de stichter wil de school van overheidswege bekostigd krijgen, hetgeen een erkenning insluit.²

Het aanvragen van erkenning van een school (optie 1) is nodig als de leerlingen in kwestie op grond van de Leerplichtwet 1969 nog leer- en kwalificatieplichtig zijn en/of een erkend diploma willen halen.³ In dat geval vindt een inhoudelijke toets plaats op het aan te bieden onderwijs.⁴ Voor de erkenning van opleidingen in het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) omvat de erkenningsprocedure overwegend marginale voorschriften.⁵ In het hoger onderwijs daarentegen vindt voor erkenning in casu accreditatie weer wel een inhoudelijke toets plaats.⁶ Dit artikel gaat nader in op de bekostigingsaanvraag (optie 2), reden waarom we voor nu de erkenningsprocedures laten rusten.

De stichter van de school of onderwijsinstelling – in het voorbeeld: die van de vrije school of de anti-autoritaire school – kan dus overwegen rijksbekostiging (optie 2) aan te vragen. Met de aanvraag geeft de stichter impliciet aan dat deze bereid is de bekostigingsvoorwaarden zoals opgenomen in de onderwijswetten te accepteren.⁷ De aanvraagprocedure als zodanig behelst dan geen inhoudelijke toets. Volgt uit deze procedure een positief bekostigingsbesluit, dan vindt aansluitend toezicht plaats door de Inspectie van het Onderwijs op de naleving van de bekostigingsvoorwaarden.⁸

Ten tweede: het gaat in deze bijdrage over het *initiele* besluit tot bekostiging van een school of onderwijsinstelling. Daarop kunnen nadien andere besluiten van overheidswege volgen, namelijk ten aanzien van de huisvesting (primair en voortgezet onderwijs), de uitbreiding van schoolsoorten, afdelingen en/of opleidingen die door de school of onderwijsinstelling kunnen worden aangeboden. Deze *aanvullende* besluiten blijven in hetgeen volgt buiten beschouwing. Dat laatste geldt ook voor besluiten aangaande aanvullende bekostiging, veelal gerelateerd aan politieke prioriteiten zoals het lenigen van het lerarentekort, het stimuleren van samenwerking tussen onderwijsorganisaties of het verbeteren van onderwijskwaliteit.

Vervolgens is de vraag *wie* bekostiging kan aanvragen. Uitgangspunt is dat dat door rechtspersonen gebeurt.⁹ Ons onderwijsstelsel kent een sterk decentraal karakter en wordt overwegend in stand gehouden door stichtingen en verenigingen.¹⁰

Voor de grondslag voor het aanvragen en verkrijgen van bekostiging kunnen we terecht in de onderwijswetten, die zijn ingedeeld naar sector. Voor een school in het *primair onderwijs* dient de rechtspersoon een aanvraag in bij de gemeente. De aanvraag gaat vergezeld van een leerlingprognose, waaruit blijkt dat de school zal worden bezocht door voldoende leerlingen (stichtingsnorm). Als de aanvraag betrekking heeft op het bekostigen van een bijzondere school, wordt tevens vermeld van welke levensbeschouwelijke of godsdienstige richting de school zal uitgaan. De gemeente legt alle binnengekomen aanvragen ('plan van scholen') voor aan de minister, die vervolgens beslist over het in aanmerking brengen voor bekostiging van de school.¹¹ In geval van een school voor *voortgezet onderwijs* is de procedure op hoofdlijnen vergelijkbaar, al wordt de aanvraag voor bekostiging dan niet bij de gemeente ingediend maar direct bij de minister.¹²

Om voor bekostiging van een school voor primair of voortgezet onderwijs in aanmerking te komen, moet voldaan zijn aan twee criteria: (1) het moet aannemelijk zijn dat voldoende leerlingen de school gaan bezoeken en (2) een bijzondere school moet uitgaan van een richting, zoals blijkend uit de statuten van de rechtspersoon die de school in stand zal houden.¹³ Onder 'richting' wordt op grond van jurisprudentie verstaan: een brede geestelijke stroming van voldoende samenhang in de Nederlandse samenleving.¹⁴ Voorbeelden zijn het katholiek, protestants-christelijk, islamitisch en gereformeerd onderwijs. Een pedagogische visie op onderwijs, bijvoorbeeld Montessori of Jenaplan, geldt niet als richting (zie echter ook hierna).

In het eerdere voorbeeld in dit artikel gaat de bijzondere vrije school uit van een 'richting', namelijk de antroposofische levensbeschouwing, maar de anti-autoritaire school niet. De stichter van laatstgenoemde school komt daardoor niet voor bekostiging in aanmerking, de stichter

Een pedagogische visie op onderwijs, bijvoorbeeld Montessori of Jenaplan, geldt niet als richting

Auteur

1. Prof. dr. R. van Schoonhoven is hoogleraar onderwijsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Noten

2. Over het toelaten en erkennen van maatschappelijke instellingen zie ook P. J. Huisman & F. J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 202-204.

3. T. Storimans, 'In- en uitschrijving en leerplicht', in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens

(red.), *Selectie bij de toegang tot het onderwijs*, Deventer: Kluwer 2009, p. 49-86.

4. In het basisonderwijs betreft het een toets door de Inspectie van het Onderwijs op basis van art. 1 onder b.2 van de Leerplichtwet 1969; de inspecteur verstrekt over de uitkomst van de toets een bindend advies aan de leerplichtambtenaar. Ook in het voortgezet onderwijs kan deze 'b.2-erkenning' plaatsvinden; tevens is het mogelijk dat in deze sector op basis van art. 1 onder b.3 Leerplichtwet 1969 jo. art. 56 WVO scholen worden aangewezen als scholen die kunnen diplomeren ('b.3 erkenning').

5. Voor het mbo zie: art. 1.4.1 WEB; Aanvraagprocedure diploma-erkenning bol/bbl

voor niet bekostigde instellingen voor het beroepsonderwijs, *Stcrt.* 2015, 3374.

6. Voor het hoger onderwijs zie: Hoofdstuk 5 WHW; Beoordelingskader accreditatiestelsel hoger onderwijs Nederland, *Stcrt.* 2019, 3198.

7. Omwille van de leesbaarheid wordt in deze bijdrage voorbij gegaan aan de nuance dat voor wat betreft het openbaar onderwijs sprake is van *regels* en voor het bijzonder onderwijs van *bekostigingsvoorwaarden*.

8. De wettelijke grondslag voor dit toezicht is gelegen in de Wet op het onderwijstoezicht (WOT).

9. D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Commentaar op artikel 23 van

de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, 2013.

10. R. van Schoonhoven, *Schaal in beschouwing. Over het belang van zicht op schaal-grootte in het onderwijs*, Den Haag: CFTO 2019.

11. Zie art. 75 t/m art. 79 WPO.

12. Zie art. 64 en art. 67 WVO.

13. Een openbare school is neutraal in die zin dat deze school ieders godsdienst of levensovertuiging eerbiedigt.

14. B. Vermeulen, 'De vrijheid van schoolstichting, overheidsbekostiging en onderwijsrichting', in: *Ars Aequi*, januari 2019, p. 20-25.

van de eerstgenoemde school op basis van dit criterium dus wel.

De sectorale wetten voor het *middelbaar beroeps- en hoger onderwijs* bevatten in tegenstelling tot die van het primair en voortgezet onderwijs nauwelijks bepalingen die zien op het in aanmerking voor bekostiging brengen van deze instellingen. De Wet educatie en beroepsonderwijs stelt enkel dat de instellingen 'bij wet voor bekostiging in aanmerking worden gebracht' (art. 2.1.3 WEB). De Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) bepaalt in artikel 1.8 dat de bekostigde instellingen zijn opgenomen in de bijlage van deze wet. De wetgever gaat anders gezegd bij deze twee sectoren uit van een gesloten stelsel: er is niet voorzien in een procedure waarlangs (andere) rechtspersonen een aanvraag voor bekostiging kunnen indienen.¹⁵

Een rechtspersoon die vanuit de antroposofische levensbeschouwing mbo-opleidingen wil aanbieden, komt dus niet voor bekostiging in aanmerking, evenals de rechtspersoon die mbo-opleidingen op anti-autoritaire grondslag wil verzorgen.

In het mbo en het hoger onderwijs ontvangt kortom een select gezelschap van rechtspersonen bekostiging voor de instandhouding van 64 mbo-instellingen respectievelijk 71 instellingen voor hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

Het verschil tussen de hiervoor geschetste bepalingen voor het primair en voortgezet onderwijs enerzijds en het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs anderzijds is derhalve dat voor de twee eerstgenoemde sectoren sprake is van een relatief open stelsel, terwijl dat voor de twee laatste sectoren gesloten van aard is. In het primair en voortgezet onderwijs is het in beginsel mogelijk dat nieuwe rechtspersonen zich melden bij gemeente respectievelijk minister met een aanvraag; vervolgens wordt aan de hand van leerlingprognoses bezien of de aanvraag voor bekostiging in aanmerking komt. Voorwaarde in geval van bijzondere scholen is dat sprake moet zijn van een 'richting', hetgeen de systematiek qua openheid enigszins beperkt. In geval van het mbo en hoger onderwijs kunnen nieuwe rechtspersonen zich uiteraard wel feitelijk melden bij een minister met een verzoek om bekostiging, maar het wettelijk kader voorziet niet in een procedure waarlangs of normenkader op grond waarvan over dat verzoek besloten kan worden.

Voor genoemd verschil valt als volgt te duiden. Voor het primair en voortgezet onderwijs geldt dat sinds 1917 uit hoofde van artikel 23 Grondwet de overheid zorg dient te dragen voor voldoende aanbod en voorts dat het openbaar en bijzonder onderwijs afdoende en gelijkelijk bekostigd dienen te worden. De wetgever past deze beginselen na 1917 ook toe in geval van het mbo en het hoger onderwijs, echter zonder dat daar een expliciete grondwettelijke verplichting toe bestaat. Deze omstandigheid wordt ook wel aangeduid als één van 'ongeschreven constitutioneel recht'.¹⁶ De overheid bekostigt derhalve ook het mbo en hoger onderwijs, maar kan daar evenzogoed vanaf of beperkingen op aanbrengen.¹⁷ Als voorbeeld van zo'n vrij forse beperking kan worden gewezen op het schrappen van de rijksbekostiging van het educatie-aanbod in casu het inburgeringsonderwijs – dat vanaf 1996 onderdeel uitmaakte van de mbo-instellingen.¹⁸

Het is de verantwoordelijkheid van de overheid om nieuwe toetreders in het primair en voortgezet onderwijs op grond van *richting* in beginsel te faciliteren, terwijl dat voor het mbo en hoger onderwijs niet noodzakelijkerwijs zo hoeft te zijn

Het verschil tussen het relatief open (po en vo) en het gesloten bestel (mbo en ho) kan zo worden begrepen dat het de verantwoordelijkheid is van de overheid om nieuwe toetreders in het primair en voortgezet onderwijs op grond van *richting* in beginsel te faciliteren, terwijl dat voor het mbo en hoger onderwijs niet noodzakelijkerwijs zo hoeft te zijn. Voor die twee sectoren kan bijvoorbeeld in het kader van het belang van een doelmatige besteding van publieke middelen de toetreding van nieuwe aanbieders tot bekostiging worden beperkt.

Ter afronding van deze paragraaf dient nog één punt te worden aangestipt, en dat is de *aard van het bekostigingsbesluit*. Daarvoor kan worden gewezen op artikel 4:21 lid 4 Algemene wet bestuursrecht (Awb) dat stelt dat Titel 4.2 Awb (de subsidietitel) van overeenkomstige toepassing is op de bekostiging van het onderwijs en onderzoek. Aanvullend is in de meeste onderwijswetten bepaald dat artikel 4:32 Awb – het beginsel dat de subsidie enkel voor *bepaalde* tijd wordt verstrekt – buiten toepassing blijft.¹⁹ Het initiële bekostigingsbesluit geldt daarmee voor *onbepaalde* tijd.²⁰

2. Ontwikkelingen

Het voorgaande beschrijft beknopt hoe tot op heden wordt besloten over het al dan niet bekostigen van nieuwe aanbieders in het publiek gefinancierde onderwijs. Er dienen zich echter twee ontwikkelingen aan. De eerste ontwikkeling doet zich vooral voor in het onderwijsstelsel, en betreft het voornemen van de regering om de ruimte voor nieuwe toetreders in het primair en voortgezet onderwijs groter te maken. De tweede ontwikkeling komt van buitenaf en rolt via jurisprudentie het onderwijsstelsel binnen; het gaat daarbij over de vraag of de algemene beginselen aangaande de verdeling van schaarse publieke rechten niet (tevens) relevant zijn bij besluiten over de toetreding van nieuwe onderwijsaanbieders tot rijksbekostiging.

2.1 Meer ruimte voor nieuwe aanbieders?

Zoals hiervoor aangestipt is een criterium voor bekostiging van een bijzondere school in het primair en voortgezet onderwijs, dat deze uitgaat van een *richting*. Vervolgens is er een vrij gesloten lijst van richtingen die



voor bekostiging in aanmerking komt. Zoals gezegd behoren pedagogisch-didactische visies daar niet toe. Over deze systematiek wordt al enkele decennia gediscussieerd. Daarbij gaat het om de vraag of niet ook andere beginselen dan 'richting' betekenisvol kunnen zijn voor een school, en zo ja, of de lijst van richtingen dan niet moet worden uitgebreid en/of moet komen te vervallen.²¹ Uiteindelijk heeft het debat ertoe geleid dat op dit moment een wetsvoorstel voorligt in de Tweede Kamer, waarmee wordt beoogd meer ruimte te bieden voor nieuwe aanbieders in deze twee onderwijssectoren.²² Volgens het voorstel kunnen straks rechtspersonen die hun nieuwe school bekostigd willen zien door het Rijk, deze niet alleen laten uitgaan van een richting, maar ook van een bepaalde pedagogisch-didactische visie en/of een specifiek onderwijskundig profiel, bijvoorbeeld: de anti-autoritaire school maar ook de montessorischool, de school voor tweetalig onderwijs, de topsportschool, enzovoorts. De eerste stap is dan dat

over het plan voor de nieuwe school overleg plaatsvindt met *bestaande aanbieders* en de gemeente om te bezien of de gewenste richting, onderwijskundige visie of het

Volgens het voorstel kunnen straks rechtspersonen die hun nieuwe school bekostigd willen zien door het Rijk, deze niet alleen laten uitgaan van een richting, maar ook van een bepaalde pedagogisch-didactische visie

15. B.P. Vermeulen & D. Mentink, *Artikel 23 Grondwet De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*. Den Haag: Sdu 2011, p. 53. Zie tevens *Kamerstukken II* 2018/19, 33905, 14.

16. R. van Schoonhoven, 'De vrijheid van beroepsonderwijs: anders, of toch niet?', *Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht*, 2019/2, p. 72-77.

17. D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Commentaar op artikel 23 van

de Grondwet', E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, 2013; B.P. Vermeulen & D. Mentink, *Artikel 23 Grondwet De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu 2011, p. 105.

18. R. van Schoonhoven, *Educatie op een kruispunt. Ontwikkelingsrichtingen voor volwasseneneducatie*, Rotterdam: Actis 2013.

19. Zie art. 69 lid 5 WPO; art. 63 lid 2

WVO; art. 2.1.3 lid 1 WEB. Art. 2.5 eerste lid WHW bevatte tussen 2001 en 2005 een gelijklopende derde volzin (*Stb.* 2001, 207; *Stb.* 2005, 32).

20. Zie tevens B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht', in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving Preadvies*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2000, p. 135: "Het begrip

subsidie in artikel 4:21 lid 1 Awb omvat ook de bekostiging. (...) Bekostiging is immers een (bepaalde vorm van) subsidie."

21. Zie voor een overzicht van deze discussie: B. Vermeulen, 'De vrijheid van schoolstichting, overheidsbekostiging en onderwijsrichting', *Ars Aequi*, januari 2019, p. 20-25.

22. *Kamerstukken II* 2018/19, 35050, 1-3.

nieuwe profiel niet binnen een van de huidige scholen een plaats kan krijgen. Mocht dat overleg te weinig opleveren, dan kan de bekostigingsaanvraag alsnog worden ingediend, waarna deze op twee criteria wordt getoetst: (1) is er voldoende belangstelling voor de school, hetgeen moet worden aangetoond met ouderverklaringen of marktonderzoek en een prognose; (2) is de verwachting gerechtvaardigd dat de school straks kwaliteit levert, hetgeen wordt getoetst door de Inspectie van het Onderwijs.

Nu is er in de opmaat naar dit wetsvoorstel in onderwijsland zoals gezegd al veel gediscussieerd en geschreven over het al dan niet overgaan tot 'richting-vrije planning', en dit debat zal tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel ongetwijfeld doorgaan. Ook valt over de inhoud van het wetsvoorstel als zodanig wel het nodige op te merken.²³ Voor dit betoog is vooral relevant aan te geven dat met dit voornemen barsten ontstaan in de onderbouwing van het onderscheid tussen een (nog meer) open bestel voor het primair en voortgezet onderwijs en het (nog steeds) gesloten bestel voor het mbo en hoger onderwijs. Hiervoor zagen we immers dat vanuit de grondwettelijke basis kan worden beredeneerd dat de overheid in het primair en voortgezet onderwijs ruimte moet bieden voor nieuwe aanbieders als zij uitgaan van een richting. Maar, als dat beginsel blijkbaar niet meer exclusief leidend is maar slechts één element bij toetreding kan zijn, wat legitimeert dan nog het vasthouden aan de geslotenheid van het bekostigd stelsel in het mbo en hoger onderwijs? Toegegeven, ook dan kan doelmatigheid van de besteding van overheids gelden nog steeds een argument zijn om vast te blijven houden aan de geslotenheid van het mbo en hoger onderwijs. Maar dat kan ook door middel van het hanteren van stichtingsnormen, zoals – opvallenderwijs – in het primair en voortgezet onderwijs het geval is. Het wetsvoorstel 'meer ruimte voor nieuwe scholen' relativeert anders gezegd het tot op heden gevestigde onderscheid tussen de open toetredingssysteem voor het primair en voortgezet onderwijs en de geslotenheid van het stelsel voor bekostigd mbo en hoger onderwijs.

Overigens is deze relativisering in 2016 door de toenmalige minister van OCW ontkend. In antwoord op een Kamervraag over het handhaven van de geslotenheid van het mbo-bestel in het licht van de plannen voor verruiming van de toetredingsmogelijkheden in het funderend onderwijs, stelde zij eenvoudig dat in het mbo nu eenmaal is gekozen voor een gesloten stelsel, dat er binnen dat stelsel volop ruimte is voor vernieuwing en dat enige vergelijking met het primair en voortgezet onderwijs in dit verband niet opgaat.²⁴ Blijkbaar is het toch lastig om beleid dat wordt ontwikkeld voor één deel van het onderwijsbestel, in zijn mogelijke consequenties te doordenken voor het andere deel van het bestel, en daarmee voor het geheel.

2.2 Onderwijsbekostiging als schaars publiek recht

Er is nog een tweede ontwikkeling die de bekostigingssysteem in het onderwijs zoals geschetst in de eerste paragraaf verder onder druk zet. Deze ontwikkeling komt 'van buiten', en wel uit de meer algemene bestuursrechtelijke context waarbinnen ook de besluiten over bekostiging van scholen en onderwijsinstellingen te situeren zijn.

In concreto gaat het om de ontwikkeling dat bestuursorganen bij de verdeling van schaarse publieke rechten bepaalde algemene beginselen in acht moeten nemen. Het gaat daarbij om publieke rechten, zoals vergunningen en subsidies, waarvoor meer (potentiële) aanvragers dan beschikbare rechten zijn.²⁵ De schaarste ontstaat doordat sprake is van een plafond, een maximum, aan de te verleenen rechten. Voorbeelden zijn kansspel- en frequentievergunningen maar ook het toekennen van subsidies is als het verdelen van een schaars recht te karakteriseren.

Op grond van onder meer jurisprudentie wordt er vandaag de dag vanuit gegaan dat het kernprincipe bij de verdeling van dergelijke rechten is, dat sprake is van gelijke kansen, hetgeen betekent dat het verdelend bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte biedt om mee te dingen bij het verkrijgen van deze rechten.²⁶ Daarmee hangt samen ten eerste dat het verdelend bestuur transparant moet zijn over de verdeling. Ten tweede impliceert het dat de toekenning van het recht niet voor onbepaalde tijd kan plaatsvinden, aangezien voorkomen moet worden dat de gegunde partij onevenredig lang wordt bevoordeeld. Ook andere (mogelijke) gegadigden moeten op den duur weer een kans kunnen krijgen.²⁷ Waarbij overigens kan worden opgemerkt dat de wetgever op dit punt uitzonderingen kan aanbrengen indien sprake is van een niet-economische activiteit, bijvoorbeeld op grond van het rechtszekerheidsbeginsel.

Erkend wordt overigens dat het niet onmogelijk is dat de wetgever op bepaalde terreinen afwijkt van het kernprincipe van gelijke behandeling. In dat geval dient dat echter wel door de wetgever te worden geëxpliciteerd waarbij 'het belang van het bieden van mededingingsruimte' moet worden meegewogen.²⁸

Nu kan wellicht worden gesteld dat de ontwikkeling van deze algemene publiekrechtelijke verdelingsbeginselen op grote afstand staat van het onderwijs. Immers, een school is niet te vergelijken met een gokhal, een windturbine of een radiozender. Echter, recentelijk worden in de jurisprudentie deze beginselen wel degelijk toegepast bij bekostigingsbesluiten in het onderwijs. Ten eerste in een zaak waarin een schoolbestuur de aanvraag die ten grondslag lag aan een eerder verleend bekostigingsbesluit, met terugwerkende kracht wilde wijzigen. De staatssecretaris ging daarin mee door de initiële toekenning met terugwerkende kracht in te trekken onder partiële goedkeuring van de geactualiseerde versie.²⁹ De Afdeling stelde dat de staatssecretaris daardoor het schoolbestuur in een voordeliger positie had gebracht

Er wordt vandaag de dag vanuit gegaan dat het kernprincipe bij de verdeling van schaarse publieke rechten is dat sprake is van gelijke kansen

ten opzichte van bij het besluit belanghebbende schoolbesturen. De Afdeling oordeelde dat de staatssecretaris niet had onderkend dat de andere schoolbesturen door deze handelwijze geen gelijke kans werd geboden, waarmee werd gehandeld in strijd met de rechtsnorm van gelijke behandeling van (potentiële) gegadigden.³⁰ Ten tweede in een zaak waarin een schoolbestuur zich in hoger beroep in het ongelijk zag gesteld, nadat de staatssecretaris naar aanleiding van bezwaar van andere schoolbesturen en de betreffende gemeente de bekostigingsaanvraag afwees. Dit omdat bij bezwaar bleek dat de opgevoerde leerlingprognose niet realistisch was.³¹ De Afdeling stelde dat het in de bezwaarfase in aanmerking nemen van de belangen van bestaande scholen en de gemeente legitiem was, waarbij zij verwees naar de rechtsnorm van gelijke behandeling bij de verdeling van schaarse publieke rechten, welke ook van toepassing is bij de bekostigingsaanvragen in het voortgezet onderwijs aangezien sprake is van bij wet geregelde concurrentie tussen schoolbesturen.

2.3 Eerste duiding van de ontwikkelingen

Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om het gehele systeem van onderwijsbekostiging te bespreken in het licht van de algemene verdelingsprincipes die bij schaarse publieke rechten aan de orde zijn. Wel kan alhier een eerste beeld worden geschetst dat ontstaat wanneer deze principes tegen de systematiek van enerzijds primair en voortgezet onderwijs en anderzijds mbo en hoger onderwijs worden gehouden.

Voor het primair en voortgezet onderwijs geldt dat reeds nu ruimte bestaat voor potentiële aanbieders om mee te dingen naar bekostiging. De ruimte wordt groter als het criterium 'richting' met het recente wetsvoorstel wordt verruimd tot 'richting' of 'onderwijskundige visie'. De systematiek is transparant. Punt van overweging in het licht van genoemde principes is echter wel het gegeven dat de gunning van overheidsbekostiging voor onbepaalde tijd geschiedt; dit is een uitzondering op de hiervoor beschreven verdelingsbeginselen die tot op heden nog niet door de wetgever op inhoudelijke gronden is beargumenteerd.³²

Voor het mbo en hoger onderwijs ontstaat een ander beeld. Immers, in deze sectoren is sprake van een gesloten instel. De rechtspersonen van de huidige onderwijsinstellingen ontvangen de rijksbekostiging; er

is geen mogelijkheid voor nieuwe aanbieders om in te stappen. Er is geen verdelingssystematiek. Aan de transparantie-eis wordt niet voldaan. De gegunde bekostiging geldt voor onbepaalde tijd. Kortom, voor deze twee sectoren gaan de algemene verdelingsprincipes überhaupt niet op. Dit zou kunnen worden geduid als een uitzondering op het algemene principe van gelijke behandeling bij de verdeling van schaarse rechten, hetgeen in dat geval door de wetgever als zodanig dient te worden geargumenteed.

Voor het mbo en hoger onderwijs gaan de algemene verdelingsprincipes überhaupt niet op

Overigens zien we hier in abstracto een ogenschijnlijk wat vreemde omkering der zaken. De zorg van de overheid aangaande het onderwijs omvat – zoals uit het voorgaande blijkt – immers met name het primair en voortgezet onderwijs, hetgeen voor de wetgever een stevige basis kan zijn voor het maken van uitzonderingen op de toepassing van genoemde verdelingsprincipes. Voor het mbo en hoger onderwijs is die basis zoals gesteld minder stevig constitutioneel verankerd, terwijl we juist voor die sectoren zien dat de verdelingsprincipes tot op heden in het wettelijk kader überhaupt niet worden toegepast. Anders gesteld lijkt het derhalve voor die sectoren het meest geboden dat de wetgever tot enige actie overgaat.

3. De onderwijswetgever als verdeler

Wolswinkel heeft eerder de rol van de wetgever gekarakteriseerd als het gaat om het verankeren van de verdelingsprincipes in de relevante kaders.³³ Hij onderscheidt de zijgende, dralende, overijverige, wispelturige en geïsoleerde wetgever. Van deze typeringen is voor ons artikel vooral de zijgende wetgever van belang; deze laat zich niet of nauwelijks uit over het schaarse karakter en de consequenties die daaraan moeten worden verbonden.

23. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35050, 4 en 5. Zie tevens B. Vermeulen a.w.

24. *Kamerstukken II* 2015/16, Aanhangsel 1772, p. 3.

25. F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

26. ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 conclusie; ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927. Zie voor bespreking F.J. van Ommeren, 'Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als

rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Van doctrinair standpunt naar positief recht.', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Ars Aequi Libri 2017, p. 191-208; C.J. Wolswinkel, 'Volwassen verdelingsrecht? Rechtsontwikkeling en rechts-eenheid bij de verdeling van schaarse vergunningen', *JBPlus* 2017/1.

27. F.J. van Ommeren a.w., p. 199.

28. A.w., p. 201. De wetgever heeft daarbij overigens geen vrij speelveld, want dient te blijven binnen de door het Unierecht

getrokken kaders, zie F.J. van Ommeren, 'Voer voor de wetgever: de verdeling van schaarse publieke rechten', *RegelMaat* 2017 (32) 1, p. 3-5.

29. ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, AB 2017/253, m.nt. S. Philipsen.

30. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

31. ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552, m.nt. C.J. Wolswinkel & P.J.J. Zootjens, AB 2018/33.

32. Bij de Aanpassing onderwijswetgeving derde tranche Awb is in de toelichting

aangegeven dat het bij bekostiging van onderwijsinstellingen 'in beginsel (gaat) om een subsidierelatie van onbepaalde duur' (*Kamerstukken II* 1999/2000, 27265, 3, p. 3). Daarmee is echter niet geëxpliciteerd dat wordt afgeweken van het kernprincipe van gelijke behandeling, noch is daarbij het belang van het bieden van mededingingsruimte meegewogen.

33. J. Wolswinkel, 'De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen', *RegelMaat* 2017 (32) 1, p. 6-30.

Gevolg daarvan is dat een verdelingsgrondslag in het wettelijk kader ontbreekt en het verdelend bestuur in het duister tast. In voorkomende gevallen speelt dit bestuur vaak op veilig door rechten op volgorde van binnenkomst te verdelen.

Dit is een treffende karakterisering van hetgeen in het onderwijs gebeurt. Voor het primair en voortgezet onderwijs zwijgt de wetgever met name over de gunning voor (on)bepaalde tijd. Moet straks bijvoorbeeld een *Steve Jobs School*, die uitgaat van de visie dat leerlingen het beste leren aan de hand van iPads, voor onbepaalde tijd bekostiging krijgen? Terwijl we nu al kunnen aannemen dat deze leermiddelen in 2040 obsoleet zullen zijn? Of geeft de wetgever met de gunning van bekostiging de rechtspersoon van deze nieuwe school stilzwijgend de gelegenheid om straks – bijvoorbeeld in 2030 – geleidelijk aan over te stappen op een ander (technologisch) onderwijsconcept, waarmee aan andere potentiële gegadigden geen kans wordt geboden op het starten van een nieuwe school? Hoe beargumenteert de wetgever kortom vandaag en morgen de uitzondering op het beginsel van ‘enkel voor bepaalde tijd gunnen’; geldt die uitzondering generiek, of kan daarbij wellicht een onderscheid aan de orde zijn tussen scholen gebaseerd op ‘richting’ dan wel op ‘onderwijskundige visie’?

Dat de wetgever zwijgt aangaande de verdeling van het schaarse recht op bekostiging in het mbo en hoger onderwijs hoeft na het voorgaande geen betoog. Ooit is in deze sectoren blijkbaar het principe van ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’ toegepast. Het ziet er niet naar uit dat dat binnen afzienbare tijd verandert, tenzij...

Het punt is dat naarmate de algemene verdelingsbeginselen nadrukkelijker een toepassing vinden, ook de kans toeneemt dat de vigerende systematiek in het onderwijs door niet-bekostigde rechtspersonen juridisch wordt betwist. Bijvoorbeeld door een aanbieder van erkende mbo-opleidingen, door een rechtspersoon die een bekostigde hbo-opleiding op antroposofische grondslag wil starten, of door een rechtspersoon die leerlingen technologisch hoogstaand basisonderwijs te bieden heeft

Naarmate de algemene verdelingsbeginselen nadrukkelijker een toepassing vinden, neemt de kans toe dat de vigerende systematiek in het onderwijs door niet-bekostigde rechtspersonen juridisch wordt betwist

en die ervaart dat de *Steve Jobs School* inmiddels in feite dezelfde markt bedient waardoor hij geen kans maakt op toetreding tot die markt. Het is in het licht van hiervoor besproken algemene verdelingsbeginselen niet geheel

ondenkbaar dat een rechter in dergelijke zaken in het voordeel van deze rechtspersonen oordeelt. Hetgeen op dat moment tot vrij veel onrust zal leiden in het onderwijsbestel, aangezien onderwijsinstellingen immers geen *pop-up stores* of *foodtrucks* zijn.

4. Scenario's voor de wetgever

Onderwijsinstellingen hebben enige bestendigheid nodig om tot de overdracht van kennis, vaardigheden, waarden en normen te komen. Mede tegen die achtergrond wordt ons onderwijs verzorgd door een vrij selecte groep rechtspersonen, die daarvoor voor onbepaalde tijd bekostiging ontvangen van het Rijk. Tegelijkertijd zien we dat algemene beginselen bij de verdeling van schaarse publieke rechten nadrukkelijk aan de deur van het onderwijsbestel kloppen. Wat kan de bijzondere wetgever in dit geval het beste doen? Een drietal scenario's:

Scenario 1: blijven zwijgen

In dit scenario continueert de wetgever de huidige koers en wordt er niet gerept over het voorgaande. Voordeel van deze benadering is dat heikele vraagstukken niet worden geadresseerd, zoals: waarom überhaupt een *Steve Jobs School* of een topsportschool bekostigen; is het (hoger) onderwijs niet meer gediend met een zogeheten ‘open bestel’; kunnen buitenlandse onderwijsaanbieders wel of niet in ons bestel opereren enz. Zolang dergelijke vragen niet worden gesteld, is een antwoord niet nodig en kan de wetgever voort met de huidige systematiek. Het nadeel is wel dat de wetgever zichzelf en het onderwijsveld daarmee ook niet voorbereidt op de situatie dat – zoals Wolswinkel stelt – de rechter de komende jaren de teugels zal gaan aanhalen en het optreden van het verdelend bestuur strenger gaat beoordelen.³⁴ Als dat inderdaad gebeurt heeft in dit scenario de wetgever geen antwoord op de vraag hoe dit in het wettelijk kader te accommoderen.

Scenario 2: incrementeel benaderen

De wetgever kan ook kiezen voor een meer incrementele benadering. Anders gezegd: erkennen dat er spanningen zijn, dat zwijgen niet langer een optie is en aangeven dat op onderdelen wordt gezien hoe algemene verdelingsbeginselen beter kunnen worden toegepast. Zonder hiermee uitputtend te willen zijn, enkele voorbeelden die in deze benadering kunnen passen.

Ten eerste kan bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel *Meer ruimte voor nieuwe scholen* een inhoudelijke uitspraak worden gedaan over de uitzondering op het principe dat gunning van bekostiging in het primair en voortgezet onderwijs enkel voor bepaalde tijd plaatsvindt. Daarbij zou dan mogelijkerwijs ook kunnen worden aangegeven dat van stichters van een nieuwe school die uitgaat van een onderwijskundige visie – bijvoorbeeld de anti-autoritaire school of de *Steve Jobs School* – na bijvoorbeeld tien jaar wordt gevraagd deze visie te herbevestigen zodat kan worden gezien of bij substantiële afwijkingen van de oorspronkelijke koers aan mogelijke andere gegadigden kans kan worden geboden mee te dingen naar alsdan vrijvallende bekostiging.

Ten tweede ontstaat in dit scenario ruimte om nader te bezien wat te doen als – onverhoopt – een bekostigde

instelling niet meer in staat is om aan financiële verplichtingen te voldoen, zoals enkele jaren terug helaas het geval was bij ROC Leiden. Toen is in het belang van de studenten maar zónder debat over het beginsel van het bieden van gelijke kansen aan rechtspersonen besloten tot het overzetten van de studentenpopulatie naar een andere reeds bekostigde aanbieder. In dergelijke omstandigheden zou echter ook een procedure denkbaar zijn op grond waarvan potentiële gegadigden zich voor een doorstart kunnen melden en waarin tevens de criteria voor besluitvorming staan vermeld.

In deze incrementele benadering zou ten derde ook passen dat de wetgever in het vervolg bij het slaan van regelingen die zien op *additionele* bekostiging van reeds bekostigde onderwijsaanbieders, nadrukkelijker aangeeft op welke inhoudelijke gronden de toedeling van deze subsidies wordt beperkt tot deze selecte groep rechtspersonen. Bijvoorbeeld de Regeling regionaal investeringsfonds mbo (RIF) doet daarover in het geheel geen uitspraak, op grond waarvan onduidelijk blijft waarom erkende onderwijsaanbieders van het meedingen naar deze *additionele* subsidie worden uitgesloten.³⁵

Scenario 3: actief verkennen

Ten slotte kan de wetgever, al dan niet in combinatie met de incrementele benadering, besluiten tot een strategische verkenning. Deze verkenning zou wat mij betreft in moeten gaan op het komen tot (a) een onderbouwde legitimering van het onderscheid tussen bekostigde en nog niet-bekostigde rechtspersonen en (b) een inhoudelijke rechtvaardiging voor het bekostigen van scholen en onderwijsinstellingen voor in beginsel onbepaalde tijd. De verkenning moet uitmonden in een op het niveau van het

Ook van onderwijsjuristen mag worden gevraagd na te denken over een duurzame regulering van de bekostiging van scholen en onderwijsinstellingen die de 21^{ste} eeuw kan doorstaan

onderwijsbestel als geheel meer consistente systematiek ten aanzien van de bekostiging van scholen en onderwijsinstellingen, die zowel recht doet aan de vrijheid van onderwijs zoals besloten in artikel 23 van de Grondwet als aan de algemene beginselen bij de verdeling van schaarse publieke rechten.

Overigens is het wat mij betreft niet alleen de wetgever die zich de komende tijd meer over dit onderwerp kan uitspreken. Ook van onderwijsjuristen mag worden gevraagd na te denken over een duurzame regulering van de bekostiging van scholen en onderwijsinstellingen die de 21^{ste} eeuw kan doorstaan. Onderwijsrecht beoogt immers bij te dragen aan beter onderwijsbestel. Het leveren van een wetenschappelijke bijdrage aan bijvoorbeeld genoemde strategische verkenning is daartoe een gelegenheid bij uitstek. •

³⁴. A.w., p. 29.

³⁵. *Stcrt.* 2018, 64331.